

Revista CESCO de Derecho de Consumo

Nº 2/2012

<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

I. Estudios y Consultas

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN MATERIA DE VIAJES COMBINADOS¹

M^a del Sagrario Bermúdez Ballesteros

Profesora Asociada Doctora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: En el presente estudio se analizan las condiciones de ejercicio (tiempo, forma y consecuencias) de la facultad del consumidor para desistir de un viaje combinado, contemplada en el artículo 160 TRLCU. Asimismo, se exponen los criterios jurisprudenciales en la materia. Se finaliza con una breve reflexión sobre la incidencia del régimen de derecho de desistimiento previsto en la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores, en la facultad objeto de estudio.

Palabras clave: Consumidor, usuario, viaje combinado, derecho de desistimiento, gastos de gestión, gastos de anulación, penalizaciones.

Title: The power of the consumer to give up in the field of package travel

Abstract: This study analyzes the conditions of exercise (time, form and consequences) of the power of the consumer to give up or package, referred to in art. TRLCU 160. Additionally, the jurisprudential criteria set out in the field. It concludes with a brief reflection on the incidence of under the right of withdrawal provided for in Directive 2011/83, on consumer rights, in the faculty under study.

Keywords: Consumer, user, package, right of withdrawal, management fees, cancellation fees, penalties.

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2011-28562).

Sumario: 1. Consideraciones previas; 2. Información que el empresario debe suministrar al consumidor. Forma y contenido del contrato; 3. Régimen de ejercicio del desistimiento; 4. Criterios jurisprudenciales sobre el derecho de desistimiento del consumidor en el contrato de viaje; 4.1. Incumplimiento de los requisitos de forma y contenido del contrato; 4.2. Delimitación del concepto "gastos de anulación" y prueba de los mismos; 4.3. Sobre la validez de las cláusulas contractuales que impongan penalizaciones en términos distintos a los legales; 4.4. Notificación del desistimiento por parte del consumidor; 4.5. La fuerza mayor como justificación del desistimiento; 4.5.1. Acontecimientos considerados supuestos de fuerza mayor; 4.5.2. Acontecimientos no considerados supuestos de fuerza mayor; 5. Incidencia de las disposiciones relativas al derecho de desistimiento contenidas en la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores, respecto al desistimiento en el contrato de viaje combinado.

1. Consideraciones Previas

El TRLCU reconoce al consumidor la facultad de *dejar sin efecto el contrato celebrado* en tres supuestos contractuales. En dos de ellos, dicho reconocimiento responde a las particularidades de una determinada *forma de contratar*: así ocurre en los contratos celebrados a distancia (art. 101) y en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (art. 110). Sin embargo, en el tercer caso, la atribución se realiza en función del *objeto contratado*: un viaje combinado (art. 160).

Además, en los artículos 68 a 79, el TRLCU configura el régimen general de ejercicio del derecho de desistimiento, que se aplicará supletoriamente tanto si este derecho está reconocido legalmente como si es objeto de atribución convencional (art. 68.3).

El artículo 160, bajo el título "*Resolución del contrato por el consumidor y usuario*", prevé que el consumidor pueda desistir del viaje en todo momento, teniendo derecho al reembolso de las cantidades ya pagadas, y quedando liberado de abonar una indemnización al organizador o detallista si el desistimiento se produce por causa de fuerza mayor. Expresamente, dispone el precepto:

"En todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor:

a) Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 por ciento del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a

la fecha del comienzo del viaje; el 15 por ciento entre los días tres y diez, y el 25 por ciento dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida.

De no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido.

b) En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes”.

En la medida que el régimen jurídico de la facultad contemplada en el artículo 160 se separa sustancialmente de la regulación general de los artículos 68 y ss., la primera duda que surge en la doctrina es la asimilación del derecho en él reconocido con el derecho de desistimiento gratuito y *ad nutum*. La razón que justificaría dichas dudas sería la siguiente: si lo que caracteriza al derecho de desistimiento (definido en el art. 68.1 TRLCU) son principalmente dos notas, esto es, la innecesariedad de justificación y la ausencia de penalización por el ejercicio del mismo, dichas notas no concurren en la facultad concedida al consumidor por el artículo 160 del TRLCU, en la medida que el ejercicio de la misma (la posibilidad de *dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados*) comportará una penalización para el consumidor, cuya cuantía oscilará en función del momento en que la cancelación del viaje se produzca, y de la que sólo se estará exento cuando se alegue y se pruebe que dicha cancelación tuvo lugar por una justa causa: por causa de fuerza mayor².

En cualquier caso, dejando al margen el encaje de tal facultad resolutoria o de cancelación del contrato de viaje combinado en la figura del desistimiento *ad nutum*, la misma tendrá iguales efectos extintivos de la relación contractual entablada, aunque con sus propias peculiaridades y condiciones de ejercicio.

Centrándose nuestro estudio en la exposición y análisis de la facultad de resolución del contrato de viaje combinado reconocida al consumidor en el artículo 160 del TRLCU, en las líneas que siguen se expondrá el régimen de ejercicio de dicha facultad, teniendo en cuenta tanto las específicas previsiones que para ello se contienen en el Libro IV TRLCU (“Viajes combinados”), como en los artículos 68 a 79 del TRLCU, aplicables supletoriamente al desistimiento en este tipo de contratos.

² Vid. CAVANILLAS MÚGICA, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, abril 2008, pág. 35; MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho Comparado, Estudio Normativo y Jurisprudencial)*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, pág. 162; BELUCHE RINCÓN, Iris, *El derecho de desistimiento del consumidor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pág. 18; MORALES IMBERNÓN, Nieves, “Comentario del art. 160”, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs 1881 y 1883.

2. Información que el empresario debe suministrar al consumidor. Forma y contenido del contrato

Antes de analizar las características del ejercicio del derecho que tratamos, nos detenemos brevemente en exponer la regulación contenida en el TRLCU sobre la **información que el empresario debe suministrar al usuario del viaje**.

Igual que ocurre en otros sectores de la contratación, en el de los viajes combinados, el viajero se encuentra en una situación de desequilibrio informativo con relación a los empresarios (detallistas u organizadores) que es preciso paliar, dado que estos últimos, por su experiencia profesional, conocen perfectamente el contenido y las circunstancias que rodean la ejecución del viaje.

Además, debemos tener en cuenta que la efectividad del derecho que se reconoce al consumidor depende en gran medida de la información que el empresario le facilite sobre el mismo con carácter previo a la contratación, así como en el propio contrato. Pese a que el artículo 160 del TRLCU no contiene remisión alguna a las normas comunes del derecho de desistimiento (arts. 68 a 79 TRLCU) como normas aplicables con carácter supletorio en la materia, por lo estipulado en el artículo 68.3 del TRLCU³, debemos entender que tales disposiciones comunes resultarán aplicables a las cuestiones no reguladas específicamente por el artículo 160 del TRLCU⁴. De esta manera, se deben considerar plenamente aplicables las reglas contenidas al respecto en los artículos 60 y 69 del TRLCU, según los cuales:

- a) El empresario está obligado, **con carácter previo a la contratación**, a poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre la existencia del derecho de desistimiento, el plazo y la forma de ejercitarlo (art. 60).
- b) Del mismo modo, se establece la obligación del empresario de **informar por escrito en el documento contractual**, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, **debiendo entregar además un documento de desistimiento**, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien deba enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.

³ El art. 68.3 TRLCU establece: "El derecho de desistimiento atribuido legalmente al consumidor y usuario se regirá en primer término por las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y en su defecto por lo dispuesto en este Título".

⁴ La misma opinión favorable a entender aplicables supletoriamente las normas comunes del derecho de desistimiento (arts. 68 a 79 TRLCU) a las cuestiones no reguladas específicamente por el art. 160 TRLCU, la mantiene, entre otros, BECH SERRAL, Josep M^a, "Regulación de los viajes combinados: aclaraciones de un texto refundido", *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre 2008, págs. 71 y 73.

Corresponde al empresario la prueba del cumplimiento de dicha obligación (art. 69).

Junto a lo dispuesto en los preceptos anteriores, el TRLCU repara el desequilibrio informativo aludido, imponiendo una serie de medidas en los artículos 152⁵ y 154⁶, referidos, respectivamente, a la información que se debe

⁵ El art. 152 TRLCU ("Programa y oferta de viajes combinados"), dispone: "1. El detallista o, en su caso, el organizador deberá poner a disposición de los consumidores y usuarios un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara, comprensible y precisa información sobre los siguientes extremos:

- a) Destinos y medios de transporte, con mención de sus características y clase.
- b) Duración, itinerarios y calendario del viaje.
- c) Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial.
- d) El número de comidas que se vayan a servir y, en su caso, si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas en el régimen alimenticio previsto.
- e) La información de índole general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados, y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia.
- f) Precio final, completo del viaje combinado, incluidos los impuestos, y precio estimado de las excursiones facultativas. En el caso de gastos adicionales correspondientes a los servicios incluidos en el viaje combinado que deba asumir el consumidor y que no se abonen al organizador o detallista, información sobre su existencia y, si se conoce, su importe.
- g) El importe o el porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el precio total y el calendario para el pago de la parte del precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso, se oferten.
- h) Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de información al consumidor y usuario en caso de anulación.
- i) Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje.
- j) Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado así como, en su caso, de su representación legal en España.
- k) Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado.

⁶ El art. 154 TRLCU, ("Forma y contenido del contrato"), establece: "1. El contrato de viaje combinado deberá formularse por escrito y contener entre sus cláusulas, en función de las características de la oferta de que se trate, referencia, el menos, a los siguientes elementos:

- a) El destino o los destinos del viaje.
- b) En caso de fraccionamiento de la estancia, los distintos períodos y sus fechas.
- c) Los medios, características y categorías de los transportes que se vayan a utilizar.
- d) Las fechas, horas y lugares de salida y de regreso.
- e) En caso de que el viaje combinado incluya alojamiento, su situación, su categoría turística y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística, en aquellos países en los que exista clasificación oficial, y el número de comidas que se sirvan.
- f) Número mínimo de personas exigido, en su caso, para la realización del viaje combinado y, en tal supuesto, fecha límite de información al consumidor y usuario en caso de cancelación, que deberá efectuarse con una antelación mínima de diez días a la fecha prevista de iniciación del viaje.
- g) El itinerario.
- h) Las visitas, excursiones y demás servicios incluidos en el precio total convenido del viaje combinado.
- i) El nombre y la dirección del organizador, del detallista y, si procede, del asegurador.
- j) El precio del viaje combinado, desglosando los gastos de gestión, así como una indicación de toda posible revisión del mismo, ajustado a lo previsto en el art. 157, y de los posibles derechos e impuestos correspondientes a los servicios contratados, cuando no estén incluidos en el precio del viaje combinado.
- k) Los gastos de anulación, si los hubiere y puedan calcularse razonablemente de antemano, debidamente desglosados. Si no pudiera calcularse su importe razonablemente de antemano, el hecho de que se podrán repercutir tales gastos, siempre que se hayan producido efectivamente.

proporcionar al consumidor en el programa o folleto publicitario y la que debe contener el propio contrato de viaje combinado. Entre dichas medidas, destacamos aquéllas que inciden de alguna manera en la facultad de cancelación reconocida al consumidor:

- a) La obligación del detallista o, en su caso, del organizador de poner a disposición del consumidor o usuario un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que, entre cuyas menciones, deberá incluir, de forma clara, comprensible y precisa, información sobre: "Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje" [art. 152.1.i)]⁷.
- b) La obligación de formular por escrito el contrato de viaje combinado, que deberá contener entre sus cláusulas, las relativas a: "Los gastos de anulación, si los hubiere y puedan calcularse razonablemente de antemano, debidamente desglosados. Si no pudiera calcularse su importe razonablemente de antemano, el hecho de que se podrán repercutir tales gastos, siempre que se hayan producido efectivamente" [art. 154.1.k)].
- c) La obligación de informar al consumidor y usuario del contenido de las cláusulas contractuales con carácter previo a la celebración del contrato y de entregarle una copia del mismo una vez formalizado (art. 154.2).
- d) Por último, se establece que "la descripción del viaje combinado comunicada por el detallista o, en su caso, por el organizador al consumidor y usuario, así como su precio y todas las demás condiciones aplicables al contrato deberán ser veraces y comprobables en los términos establecidos en los artículos 18 y 60" (art. 154.3).

l) Modalidades de pago del precio y, en su caso, calendario y condiciones de financiación.

m) Toda solicitud especial que el consumidor y usuario haya transmitido al organizador y detallista y que éste hay aceptado.

n) La obligación del consumidor y usuario de comunicar todo incumplimiento en la ejecución del contrato, por escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia, al organizador o al detallista y, en su caso, al prestador del servicio de que se trate.

ñ) El plazo de prescripción de las acciones establecidas en el artículo 164, en el que el consumidor y usuario podrá formular sus reclamaciones por la no ejecución o ejecución deficiente del contrato.

o) El plazo en que el consumidor y usuario podrá exigir la confirmación de sus reservas.

2. El consumidor y usuario será informado, con anticipación a la celebración del contrato, del contenido de las cláusulas contractuales y recibirá una copia de aquél, una vez formalizado el mismo.

3. La descripción del viaje combinado comunicada por el detallista o, en su caso, por el organizador al consumidor y usuario, así como su precio y todas las demás condiciones aplicables al contrato deberán ser veraces y comprobables en los términos establecidos en los artículos 18 y 60".

⁷ Para el supuesto de contratación electrónica de viajes combinados, el art. 23.3 LSSICE establece que "siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico". De esta manera, la exigencia legal de puesta a disposición por escrito del programa o folleto informativo del viaje (art. 152 TRLCU) debe entenderse en el sentido de que el contratante tenga la posibilidad de almacenar y reproducir dicho programa o folleto en forma escrita.

Por otro lado, el artículo 153 del TRLCU establece que "la información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador y el detallista del viaje combinado". Se refiere el precepto a la integración de la publicidad en el contrato (art. 61 TRLCU). Aunque a primera vista pudiera parecer que sólo se otorga carácter vinculante a la publicidad contenida en el programa o folleto informativo, toda la publicidad sobre viajes combinados gozará de dicho carácter, y su contenido integrará el contrato de viaje que será exigible por los viajeros como parte del mismo⁸.

El principio de eficacia vinculante de la publicidad admite dos excepciones: "a) Que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor y usuario antes de la celebración del contrato y tal posibilidad hay sido objeto de expresa mención en el programa-oferta" y "b) Que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes".

Terminamos este apartado con la siguiente reflexión: ¿qué repercusiones tiene en el viajero el incumplimiento por parte del empresario de la obligación de informar sobre su derecho de resolución del contrato?

En el régimen general del desistimiento el artículo 71.3 del TRLCU prolonga el plazo para desistir de 7 días hábiles a 3 meses. La aplicación de esta consecuencia a la facultad de resolver el viaje combinado carece de sentido al no fijarse plazo alguno en el artículo 160 para ejercer esta facultad. *En todo momento* dice la norma.

La cuestión primordial es si, en caso de falta de información, el consumidor tendría que afrontar las penalizaciones previstas en el artículo 160 del TRLCU. De lo dispuesto en los artículos 152. i) y 154 k) del TRLCU cabría pensar que el empresario tiene el deber de informar no sólo sobre los gastos de cancelación, sino también de las penalizaciones y plazos que recoge el artículo 160 a), de forma que el incumplimiento del deber de informar sobre la fecha límite para desistir sin consecuencias o los plazos y cuantías sucesivas le impediría su reclamación al consumidor⁹.

3. Régimen de ejercicio del desistimiento

Veamos, seguidamente, **cómo se articula el ejercicio de la facultad de cancelación del viaje y cuáles son las consecuencias que la misma conlleva para el consumidor**. Partimos de que son plenamente aplicables las

⁸ Vid. SOLER VALDÉS-BANGO, Alfredo, *El contrato de viaje combinado*, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 201.

⁹ En este sentido se pronuncian REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre", *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2010, pág. 43 y GÓMEZ CALLE, Esther, "Comentario al art. 160 TRLCU", *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, AA.VV, coord. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, Colex, Madrid, 2011, pág. 1361.

normas generales contenidas en los artículos 68 a 79 del TRLCU, con las particularidades contenidas al respecto en el artículo 160.

Con relación a la **forma** en que la declaración de cancelación deberá realizarse, el artículo 160 no somete a forma especial el ejercicio de esta facultad, por lo que resultarán de aplicación las previsiones del artículo 70 del TRLCU, que estima suficiente con que se acredite de cualquier forma admitida en derecho, considerándose en todo caso válidamente ejercitada mediante el envío del documento de desistimiento. En cuanto que el artículo 72 del TRLCU atribuye la carga de la prueba del desistimiento al consumidor o usuario, a éste le interesará dejar constancia escrita del ejercicio de tal facultad. Por tanto, de cara a una mayor seguridad y a efectos de prueba, lo recomendable es usar la forma escrita o cualquier otra, de la que pueda quedar constancia, a efectos probatorios. En todo caso, una vez que el consumidor decida dejar sin efecto el contrato, deberá notificar su decisión al organizador o detallista¹⁰. Para determinar el momento exacto en que se produce la cancelación, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 71.4 del TRLCU¹¹, habría que atender a la fecha de expedición de la declaración por parte del consumidor y no a la de recepción de la misma por parte del organizador y detallista¹². La cuestión tiene importantes consecuencias en los supuestos en que el consumidor cancela, por ejemplo, a través del envío de un fax en un día no laborable, y que, por tal motivo, llega a conocimiento del organizador o detallista fuera de plazo¹³.

En cuanto a la determinación del **tiempo** en el que el consumidor podrá dejar sin efecto los servicios contratados, aunque el artículo 160 del TRLCU alude expresamente a que podrá hacerlo "*en todo momento*", sin embargo, de la lectura íntegra del precepto se deduce que la norma contempla únicamente el supuesto de la cancelación antes del inicio del viaje.

A continuación, planteamos las distintas posibilidades que podrían darse, según que la cancelación tuviese lugar después de comenzado el viaje o antes del inicio del mismo, distinguiendo, en este último caso, si la misma se produce dentro de los 15 días previos al comienzo o, incluso, con anterioridad a esos 15 días previos. Asimismo, en cada hipótesis planteada, se analizarán las

¹⁰ Vid. MESA MARRERO, Carolina, "Criterios jurisprudenciales sobre el derecho de desistimiento del consumidor en la Ley de Viajes Combinados", 2006 (Especial Coloquio). Estudios sobre invalidez e ineficacia, nulidad de los actos jurídicos, publicada en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=232>, quien declara que "es esencial, por tanto, que el consumidor notifique de forma fehaciente a la otra parte contratante su voluntad de desistir del viaje, porque los efectos del desistimiento sólo se producirán cuando la declaración haya llegado a su destinatario".

¹¹ Dispone el art. 71.4 TRLCU: "Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento".

¹² A nivel doctrinal, se pronuncia a favor del criterio de la expedición de la declaración del desistimiento BECH SERRAT, *op. cit.*, pág. 62.

¹³ Como se expondrá más adelante, el caso planteado fue objeto de enjuiciamiento por la **SAP Pontevedra (Sec. 5ª), 29 octubre 2001 [AC 2001\2592]** que consideró que el criterio de la recepción de la notificación del desistimiento y conocimiento de ella por parte del empresario, es el que debe regir para determinar el momento en que éste tuvo lugar.

repercusiones económicas que la cancelación supondrá al consumidor, que son distintas en cada caso.

- a) En los supuestos en que la cancelación del viaje sea **sobrevenida**, esto es, se produzca una vez comenzado el mismo, no ofrece el TRLCU -igual que ocurría bajo la vigencia de la LVC- ninguna solución al respecto. Sobre este punto, SOLER VALDÉS-BANGO¹⁴ considera que “en virtud del fundamento jurídico de la institución (nadie está obligado a participar en un viaje), no cabe denegar la posibilidad de que el viajero desista de su ejecución con posterioridad a su inicio”. El problema que se plantea en la práctica en estos supuestos es el de determinar el sujeto obligado al pago de los gastos originados, particularmente, el coste de un transporte de regreso. Al respecto, siguiendo al autor citado, habría que atender a la causa determinante del mismo, pudiéndose diferenciar dos hipótesis:

1.^a Si se trata de un desistimiento “caprichoso” (basado en la libre decisión), será el viajero el obligado al pago de los gastos que se originen, que, por lo general, son del cien por cien del precio del contrato de viaje¹⁵.

2.^a Si se desiste debido a la imposibilidad de continuar con el viaje por motivos de fuerza mayor (ej. muerte de un pariente, enfermedad grave), el autor estima aplicable al caso la regulación relativa al incumplimiento definitivo posterior no imputable al organizador (art. 161.2 TRLCU¹⁶) y, consecuentemente, entiende que será éste quien deba correr con el transporte de regreso del viajero.

- b) Si la cancelación tiene lugar **dentro de los 15 días anteriores** al comienzo del viaje -supuesto de hecho de la norma-, las consecuencias económicas que la misma acarree al consumidor dependen de la combinación de dos factores: el momento concreto en que se lleve a cabo y la penalización que, en función de dicho momento, corresponda. Además, y en todo caso, es fundamental que el consumidor notifique de una forma fehaciente al empresario su voluntad de desistir del viaje, en

¹⁴ SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, pág. 311.

¹⁵ A análoga solución llega GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 210, matizando, sin embargo, que la aplicación analógica del precepto relativo al desistimiento en el contrato de obra (art. 1594 CC) permitiría al viajero “recobrar la parte del precio correspondiente a gastos no hechos finalmente por el organizador o detallista”.

¹⁶ El art. 161 TRLCU (“Consecuencias de la no prestación de servicios”) dispone: “1. En el caso de que, después de la salida del viaje, el organizador no suministre o compruebe que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en el contrato, adoptará las soluciones adecuadas para la continuación del viaje organizado, sin suplemento alguno de precio para el consumidor o usuario, y, en su caso, abonará a este último el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas. Si el consumidor y usuario continúa el viaje con las soluciones dadas por el organizador se considerará que acepta tácitamente dichas propuestas.

2. Si las soluciones adoptadas por el organizador fueran inviables o el consumidor y usuario no las aceptase por motivos razonables, aquél deberá facilitar a éste, sin suplemento alguno de precio, un medio de transporte equivalente al utilizado en el viaje para regresar al lugar de salida o a cualquier otro que ambos hayan convenido, sin perjuicio de la indemnización que en su caso proceda”.

la medida en que los efectos del desistimiento sólo se producirán cuando la declaración haya llegado a conocimiento de su destinatario. Según dispone la norma -art. 160 TRLCU-, se producirán las siguientes consecuencias para el consumidor:

- 1.^a Tendrá derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, tanto si se trata del precio total como de un anticipo o señal. De ese reembolso responderán solidariamente detallista y organizador, en virtud de lo estipulado en el artículo 162.1 del TRLCU. Respecto al plazo en que debería procederse a la devolución al consumidor del precio abonado, por aplicación de la regla contenida en el artículo 76, párrafo primero, segunda parte, se llevará a cabo *lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento*¹⁷.
- 2.^a Salvo que la cancelación tenga lugar por causa de fuerza mayor, deberá indemnizar al organizador o detallista por los siguientes conceptos: gastos de gestión y de anulación, si los hubiese, y una penalización consistente en una cantidad porcentual cuya cuantía aumenta en función de la proximidad del inicio del viaje; respecto a dicha penalización, procederá siempre que la cancelación se ejercite con menos de 15 días de antelación a la fecha del comienzo del viaje, y cuya montante exacto dependerá del momento concreto en que se produzca dentro de ese plazo de 15 días. Concretamente, según establece el artículo 160 del TRLCU, consistirá en:
 - a) Un 5 por ciento del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de 10 y menos de 15 días al comienzo del mismo.
 - b) Un 15 por ciento, si la cancelación tiene lugar entre los días 3 y 10 previos al viaje.
 - c) Un 25 por ciento, si la cancelación acontece dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida.

Es criticado por la doctrina el hecho de que la ley “castigue” al viajero no sólo con satisfacer unos gastos de gestión y anulación, que por sí solos podrían configurar la indemnización debida al organizador o al detallista, sino que, además, imponga una penalización. Dicha medida ejercerá en la práctica un claro efecto disuasorio de la utilización por parte del viajero de este instrumento jurídico que es el desistimiento, por otro lado, de origen legal y concebido en su beneficio¹⁸.

¹⁷ A favor de este criterio, *vid.* BECH SERRAT, *op. cit.*, pág. 75.

¹⁸ En este sentido, declara SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, pág. 302, que nos encontramos frente a una previsión legal difícilmente justificable desde el punto de vista de los intereses en juego, cuando el organizador puede cancelar el viaje en cualquier momento con anterioridad a su inicio y el régimen legal de responsabilidad no prevé unas cláusulas de penalización.

Por otro lado, el TRLCU no detalla lo que deba englobarse en los conceptos de gastos de gestión y anulación ni dice nada sobre su cálculo. En opinión de SOLER VALDÉS-BANGO¹⁹ los gastos de anulación son los necesarios para que el viaje cancelado pueda volver a ser contratado. En todo caso, deberán ser desglosados debidamente por el organizador o detallista en el contrato [art. 154.1 j) k) TRLCU], así como justificados, y serán fiscalizables por los tribunales, valorando las condiciones generales o particulares que las recojan para detectar su posible carácter abusivo.

Por último, si el consumidor hubiese abonado el precio o parte de él antes de dejar sin efecto el contrato, la indemnización que correspondiese podría descontarse de la cantidad que hubiera de ser devuelta a aquél.

- d) Si el consumidor o usuario no se presenta en el momento de la salida, estará obligado al pago del importe total del viaje o al abono, en su caso, de las cantidades pendientes, salvo acuerdo de las partes en otro sentido.

Aunque para este último supuesto el TRLCU no prevé ninguna causa de exoneración, habrá que distinguir según que la no presentación del consumidor a la salida del viaje se deba o no a una causa imputable a él mismo. Siguiendo a HAZA DÍAZ, estimamos aplicable la fuerza mayor como motivo que exonere de responsabilidad, así como la falta de información por parte de la empresa o el carácter erróneo o confuso de la proporcionada por ésta²⁰. Sobre este punto, con ocasión del análisis del antiguo artículo 9.4 de la LVC, MARTÍNEZ ESPÍN sostiene que al permitir dicho artículo la posibilidad de desistimiento “en todo momento”, “en el caso de que el consumidor no pueda tomar parte en el viaje por imposibilidad sobrevenida o fuerza mayor, aquél no tendrá obligación de indemnizar, incluso, cuando tal circunstancia concorra momentos antes de la salida”²¹.

- 3.^a Por último, el artículo 160 b) del TRLCU establece que en los casos en que el viaje combinado estuviese sujeto a condiciones económicas especiales de contratación (flete de aviones, buques o tarifas especiales) los gastos de cancelación se establecerán según lo acordado por las partes.

- c) Si la cancelación del viaje se ejercitase con **15 días o más de antelación** al comienzo del mismo, no cabrá la aplicación de

¹⁹ *Op. cit.*, pág. 305.

²⁰ DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, *El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 177.

²¹ MARTÍNEZ ESPÍN, *op. cit.*, pág. 163.

penalización alguna pues, como acaba de exponerse, ésta sólo procede en los casos en que se produce en un plazo inferior a esos 15 días. Por el contrario, no ocurre lo mismo con los gastos de gestión y anulación, que deberán abonarse en todo caso, con independencia del momento en que tenga lugar la cancelación, salvo que ésta se produzca por un motivo de fuerza mayor.

Por último, como **única causa de exoneración de responsabilidad** del consumidor que desiste del viaje se prevé la fuerza mayor. Se define en el artículo 159.4 b) del TRLCU -anteriormente, en el art. 9.3 b) LVC- como "aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida"²².

Las consecuencias económicas de la cancelación del viaje por parte del consumidor cuando la misma responda a una **causa de fuerza mayor**, serán las siguientes: además de recuperar el precio (total o parcial) que hubiese abonado, quedará exento de la obligación de indemnizar al organizador o detallista por los gastos de gestión, de anulación y la eventual penalización²³.

Para calificar de fuerza mayor el acontecimiento invocado por el consumidor, a efectos de justificar su indemnidad en la cancelación efectuada, deberán reunirse los siguientes requisitos: circunstancia ajena a la voluntad de quien la invoca, extraordinaria, imprevisible e inevitable.

Entre las causas de fuerza mayor que se suelen alegar con más frecuencia a efectos de justificar el desistimiento del consumidor, citamos las siguientes: fallecimiento súbito de un familiar, accidente o enfermedad grave del propio consumidor o de familiares cercanos y catástrofes naturales (terremotos, incendios, inundaciones).

4. Criterios jurisprudenciales sobre el derecho de desistimiento del consumidor en el contrato de viaje combinado

El análisis de las decisiones judiciales dictadas en la materia se dirige a poner de manifiesto cuáles son las cuestiones que mayor grado de conflictividad

²² El art. 1105 CC dispone: "Nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables".

²³ En cuanto a este extremo, DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 176, se cuestiona si en caso de desistimiento del consumidor por causa de fuerza mayor queda exento del pago de todas las cantidades a que hace referencia el actual art. 160 TRLCU (gastos de gestión, de anulación que haya realizado la agencia más la cantidad debida en concepto de penalización). Al respecto mantiene la autora una postura afirmativa, en base a dos argumentos: por un lado, porque el propio precepto no distingue, es más, establece que queda exento de indemnizar en todas las cuantías que se indican, y, por otro, porque aunque pueda parecer injusto que el consumidor no deba pagar los gastos de anulación o gestión, puede ser esta una solución ajustada si se tiene en cuenta que la agencia, cuando cancela el viaje y queda exenta de responsabilidad, tampoco ha de pagar al consumidor los gastos que éste haya realizado con motivo del viaje.

plantean ante nuestros tribunales, así como los criterios jurisprudenciales más significativos al respecto.

Entre dichas cuestiones, las que originan mayor índice de litigiosidad son las siguientes: repercusión del incumplimiento de los requisitos de forma y contenido del contrato con relación a las consecuencias previstas legalmente en caso de desistimiento, delimitación del concepto "gastos de anulación" y prueba de los mismos, admisibilidad o no de cláusulas contractuales que establezcan una penalización para los casos de desistimiento distinta a la estipulada en la Ley, notificación del desistimiento por parte del consumidor a la otra parte contratante y causas que se suelen alegar como supuestos de fuerza mayor y, por tanto, liberatorias del deber de indemnizar a cargo del consumidor.

4.1. Incumplimiento de los requisitos de forma y contenido del contrato

Igual que ocurre en otros ámbitos contractuales en los que se reconoce al consumidor el derecho a desistir del contrato, también en el sector de los viajes combinados es fundamental cumplir escrupulosamente los deberes relacionados con la información precontractual y la formalización del contrato, contemplados en los artículos 152 y 153 del TRLCU, para que, en caso de desistimiento por parte del consumidor, puedan el organizador o el detallista reclamar a aquél con éxito las cantidades a las que tienen derecho por tal motivo. Si tal reclamación no dependiera del cumplimiento de los deberes de información y formalización contractual, se estaría burlando la finalidad de protección para el consumidor que persigue la Ley, correspondiendo al organizador o al detallista la prueba de dicho cumplimiento.

La cuestión que planteamos tiene una importante trascendencia práctica en la medida en que, si bien se estipula legalmente que el organizador o el detallista tienen derecho a ser indemnizados por los gastos de gestión y anulación que el desistimiento del consumidor comporte en cada caso, no especifica la Ley las partidas que se integran en ambos conceptos - "gestión" y "anulación"-, por lo que se detecta una tendencia por parte de organizadores y detallistas a intentar resarcirse de la forma más completa de los gastos que la cancelación del viaje les haya originado.

Con referencia a la derogada LVC, señala la **SAP Girona (Sec. 1ª), 12 febrero 2008 [JUR 2008\145826]**, que "como se deduce de su exposición de motivos, es propósito de la ley, además de armonizar las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea que regulan el sector, ofrecer una mayor protección a los consumidores, protección que se materializa a través de la exigencia del cumplimiento de determinados requisitos como ofrecer al cliente una información detallada y la formalización por escrito del contrato en el que deberán hacerse constar como mínimo determinadas cláusulas (v. art. 4-1)" (F. Dº. 2º). En el mismo sentido se pronuncia la **SAP Barcelona (Sec. 16ª), 26 enero 2006 [AC 2006\166]**.

En la misma línea, la **SAP Barcelona (Sec. 16ª), 23 mayo 2008 [JUR 2008\204560]** declara que “faltando la información previa, no puede repercutirse al usuario gasto alguno, porque la Ley exige que se facilite la información previa, con la finalidad de que el interesado sepa a qué atenerse, de tal manera que, cuando se exigen gastos de cancelación sin haberse dado antes aquella información, se burla el espíritu y la finalidad de la ley, a los que primordialmente hay que atender al interpretarla y aplicarla. La suposición de conocimiento de la existencia de pequeños gastos cuando se cancela no deja de ser eso, una suposición, más o menos verosímil, pero una suposición”. En definitiva, se afirma que “las agencias de viaje deben acomodar su actuación a las exigencias de la Ley de Viajes Combinados, lo que resultaría muy fácil y conduciría a que todo el mundo supiera a qué atenerse. La falta de cumplimiento de las obligaciones legales no puede, evidentemente, favorecerles”. Además, señala la Audiencia que “la carga de probar que se brindó toda la información que exige la Ley incumbe al contratante no consumidor, porque es esa parte la que está obligada a entregar los folletos informativos y a procurar la observancia de la forma escrita, nada de lo cual está al alcance de los usuarios” (F. Dº. 2º).

4.2. Delimitación del concepto “gastos de anulación” y prueba de los mismos

La importancia de cumplir con el deber de información de cara a las repercusiones económicas que en caso de cancelación del viaje deba soportar el consumidor, se intensifica porque ni la propia Ley detalla qué conceptos deben incluirse en los “gastos de anulación”, ni tampoco jurisprudencialmente se aclara esta cuestión. Únicamente, de la lectura de las decisiones judiciales analizadas, se pueden extraer algunas reglas al respecto:

- 1.ª Los gastos de gestión y anulación, a diferencia de las penalizaciones establecidas en la Ley, deben ser objeto de prueba por parte de la agencia de viajes. Así lo declaran, entre otras, la **SAP Alicante (Sec. 5ª), 18 septiembre 2003 [JUR 2003\263907]**, **SAP Málaga (sec. 5ª), 15 septiembre 2005 [JUR 2006\30498]** y **SAP Álava (Sec. 1ª), 16 septiembre 2005 [JUR 2006\3594]**. La última de las sentencias citadas manifiesta que “la obligación de abono de los gastos de anulación que se generen a la detallista, solamente procede “si los hubiere”, y la demandada, que no compareció en la instancia y a quien le incumbía la carga de la prueba como hecho obstativo o extintivo frente a la reclamación de los demandantes y por el principio de facilidad probatoria (art. 217. 2 y 6 LEC), no ha demostrado que efectivamente se generaran gastos de anulación” (F. Dº. 3º).
- 2.ª Los gastos de anulación no pueden equipararse a la cantidad que haya satisfecho la entidad detallista al mayorista, o que haya cobrado

el hotel, objeto de reserva del viaje, pues es evidente que no es éste el espíritu y finalidad de la Ley. En este sentido se pronuncia la **SAP Murcia (Sec. 3ª), 14 febrero 2003 [AC 2003\1186]** que declara, además, que “dicho importe no puede considerarse un gasto de gestión, propio de la anulación, por lo que no ha de asumirlo el contratante del viaje, quien, por otra parte, no consta que fuera debidamente informado de las consecuencias que le podía reparar la cancelación del viaje” (F. Dº. 2º). En la misma línea se expresa la **SAP Málaga (Sec. 5ª) 15 septiembre 2005 [JUR 2006\30498]**, que declara que “el detallista acepta frente al consumidor el plan organizativo y detalles del viaje confeccionado por la mayorista y así lo ofrece al público que a ella (minorista) acude, por lo que frente al consumidor aparece como oferente de un producto cuyo entramado interno de elaboración, no le es -ni tiene por qué- expuesto al consumidor, quien contrata directamente con el minorista, sin obligación -ni posiblemente posibilidad- de indagar las relaciones y pactos internos entre mayorista y minorista, o como dice la resolución impugnada “... el mencionado pacto o acuerdo entre agencia de viajes y mayorista en ningún caso vincula o produce efectos frente al consumidor, especialmente cuando el mismo ni siquiera ha sido informado sobre su existencia o contenido” (F. Dº. 1º).

- 3.ª No se puede ni debe confundir o identificar los gastos de gestión y anulación con el lucro cesante, es decir, la ganancia dejada de obtener por el organizador o detallista. Así lo declara la ya citada **SAP Málaga (Sec. 5ª), 15 septiembre 2005 [JUR 2006\30498]**.
- 4.ª La mayorista únicamente tiene acción para reclamar de la agencia detallista los gastos de cancelación por desistimiento unilateral del cliente una vez efectuada la reserva, pero no puede dirigir su acción directamente contra el consumidor final. En este sentido, sostiene la **SAP Valencia (Sec. 8ª), 25 noviembre 2008 [AC 2009\183]** que “el detallista (...) tiene acotado su ámbito de gestión en la intermediación entre el organizador y el consumidor, y tal actuación viene a concretarse en la venta y selección del viaje solicitado por éste, en tanto que la mayorista, no puede ofrecer sus productos directamente al consumidor, infiriéndose de esto que no ostenta la condición de parte en el contrato de venta perfeccionado. Consecuencia de ello es a su vez, que en virtud del principio de relatividad de los contratos establecidos en el artículo 1257. 1 del CC) y reiteradamente acogido por la doctrina jurisprudencial (entre otras SSTs de 11 de junio, 8 de mayo (RJ 2008,2831) y 30 de abril de 2008 (RJ 2008, 2822), 12 de diciembre (RJ 2007,8920) y 1 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8087), carecerá de acción para dirigirse directamente contra el adquirente en reclamación del importe de los daños y perjuicios que la tardía cancelación del viaje ofertado a la minorista le irroga. En esta tesitura y en virtud de la normativa legal anteriormente citada que regula la relación entre mayorista y

minorista, la reclamación de la primera habrá de dirigirse forzosamente contra esta última, por imperativo del artículo 1101 del Código Civil, sin perjuicio, claro está de las acciones de las que la detallista dispone frente al consumidor en aras a su propio resarcimiento (F. Dº. 2º).

4.3. Sobre la validez de las cláusulas contractuales que impongan penalizaciones en términos distintos a los legales

Según ha quedado expuesto, la penalización estipulada por el artículo 160 del TRLCU únicamente procede en los supuestos en que el viajero desiste del servicio contratado en el plazo de los 14 días previos al comienzo del viaje. De lo que se deduce que si la cancelación se produce con 15 días o más de antelación a la fecha de salida (o existe fuerza mayor), la Ley no prevé penalización alguna.

No obstante, se plantea ante nuestros tribunales la cuestión de si sería admisible la cláusula contractual que impusiera una penalización para los supuestos en que el desistimiento del viajero se produjera con 15 días o más de antelación a la fecha del comienzo del viaje o fuese motivado por una causa de fuerza mayor, apartándose, por tanto, de lo dispuesto en la Ley.

Sobre esta cuestión son unánimes los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales en el sentido de no admitir la validez de una cláusula contractual que limite de forma clara los derechos del consumidor, incluso en el caso de que éste la hubiese aceptado expresamente. Las razones que sustentan tal postura son las siguientes:

- 1.ª Tal tipo de cláusulas, que se apartan de lo dispuesto en la Ley, agravando la posición del consumidor que decide cancelar el viaje, habrían de considerarse abusivas por limitar un derecho reconocido legalmente al consumidor y usuario (arts. 82 y 86 TRLCU - anteriormente, art. 10 bis y Disp. Adic. 1ª, apartado segundo, 14 LGDCU-, que considera abusivas, con carácter general, las cláusulas que "limiten los derechos del consumidor y usuario" y, en particular, las que prevean "la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario").
- 2.ª El artículo 160, primer inciso, letra a), del TRLCU no hace ninguna referencia a la posibilidad de que las partes acuerden consecuencias distintas en caso de desistimiento del usuario, a diferencia de otros preceptos de la propia Ley que sí prevén tal facultad [p. ej. el propio art. 160, primer inciso, letra b) TRLCU].
- 3.ª En el hipotético caso de que se reconociera la posibilidad de pacto en contrario, las condiciones generales que agravasen la posición del

consumidor respecto a la legalmente prevista, deben ser objeto de expresa aceptación.

Las consideraciones expuestas se reflejan en las siguientes decisiones judiciales: **SAP Valencia (Sec. 11ª), 22 marzo 2004 [AC 2004\2305], SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 1ª), 31 octubre 2005 [JUR 2005\272040], SAP Barcelona (Sec. 16ª), 26 enero 2006 [AC 2006\166], SAP Girona (Sec. 1ª), 12 febrero 2008 [JUR 2008\145826].**

En definitiva, deben entenderse nulas las cláusulas contractuales que penalicen el desistimiento del consumidor y usuario más allá de lo que el precepto le impone. Y ello incluso en el caso de que hayan sido firmadas por el consumidor (vid. arts. 82 y ss. Sobre regulación de cláusulas abusivas en el contrato).

4.4. Notificación del desistimiento por parte del consumidor

El derecho de desistimiento se ejercita mediante una declaración de voluntad del consumidor por la que hace saber al empresario su voluntad de poner fin al contrato. Es fundamental la notificación a la otra parte contratante del deseo de desistir para que se proceda al cumplimiento de las obligaciones que, por tal motivo, impone el TRLCU.

En líneas precedentes apuntábamos que de cara a determinar la observancia del plazo para desistir, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 71.4 del TRLCU, habría que atender a la fecha de emisión de la declaración por parte del consumidor y no a la de recepción de la misma por el organizador o detallista. Sin embargo, entre los escasos pronunciamientos judiciales existentes sobre el tema en materia de cancelación de un viaje combinado, la **SAP Pontevedra (Sec. 5ª), 29 octubre 2001 [AC 2001\2592]** declara que es el criterio de la recepción de la notificación del desistimiento y conocimiento de ella por parte del receptor el que opera para determinar en qué momento ha tenido lugar éste, de cara a la aplicación de las consecuencias económicas que para el mismo dispone la Ley. En esta ocasión, estima la Audiencia los recursos de apelación interpuestos por el organizador y el detallista contra la sentencia de instancia que, estimando la demanda interpuesta por los viajeros que habían cancelado el viaje concertado con destino a Bali debido a acontecimientos familiares graves, condenaba a las entidades demandadas a abonar a los actores la cantidad reclamada, esto es, al menos el 75% del precio abonado (231.955 ptas.). En apoyo de tal pretensión, alegaban los demandantes que habían comunicado a las empresas demandadas su voluntad de desistimiento mediante un fax que remitieron el día 19 de julio de 1998 (un domingo) a las 20:15 horas, dentro, por tanto, de las 48 horas anteriores a la salida. De forma contraria, las demandadas alegaban en su defensa que el fax se envió un domingo, fuera del horario laboral y comercial, siendo al día siguiente, a las 9:30 horas, en el momento de abrir

la oficina, cuando tuvieron conocimiento del fax y el vuelo de Vigo a Madrid –lugar donde se iniciaba su viaje a Bali- tenía prevista la salida a las 7:30 horas, lo que determinaría no haber recibido la comunicación de la cancelación sino con posterioridad a la salida del viaje y, por consiguiente, al no haberse cancelado dentro de las 48 horas anteriores a la partida, estarían los viajeros obligados al pago del importe íntegro del viaje.

El anterior planteamiento pone claramente de manifiesto la trascendencia que en la práctica tiene la determinación del momento en que se entiende ejercitado el desistimiento, ya que si se opta por la teoría de la emisión, estaríamos en presencia de una cancelación efectuada dentro de las 48 horas anteriores al inicio del viaje, con una penalización del 25% del importe total del mismo, mientras que si se opta por la teoría de la cognición, nos encontraríamos ante un supuesto de no presentación a la salida, con la consecuencia de abonar el importe íntegro del viaje.

Tras declarar la Audiencia que el “fundamento del preaviso no puede ser otro que el facilitar o permitir que tanto la agencia como la mayorista cuenten con tiempo suficiente para poder anular las reservas ya realizadas o cambiarlas por otras y ello estará condicionado a que aquella declaración de voluntad del que desiste llegue o pueda llegar a su conocimiento, por lo que habrá que determinar si el destinatario conoció o no conoció aquella voluntad del declarante y si actuando diligentemente pudo y debió conocerla”, sostiene que “a tal efecto se entiende que el criterio que se perfila como más ajustado al principio de buena fe, de la confianza, y el que mejor pondera todos los intereses en juego es el de la recepción. Este es el criterio aceptado mayoritariamente por la doctrina para la constitución o perfeccionamiento de un contrato por lo que *a sensu contrario* también habrá de ser el que rija en el desistimiento”.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso litigioso, concluye la Audiencia que “es evidente que la declaración de voluntad realizada por los actores no llegó a conocimiento de las demandadas sino con posterioridad a la hora prevista de salida, encontrándonos, por tanto, ante el supuesto de no presentación a la salida” (F. Dº. 4º), procediéndose, por ello, a la estimación de ambos recursos y, por consiguiente, a la desestimación de la demanda principal.

4.5. La fuerza mayor como justificación del desistimiento

Según establece el artículo 160 del TRLCU, cuando el desistimiento del servicio solicitado o contratado se produzca por una causa de fuerza mayor, las consecuencias económicas del mismo serán las siguientes:

- a) Respecto al consumidor, además de recuperar el precio que hubiese abonado, quedará exonerado de pagar los gastos de gestión, de anulación y la penalización correspondiente.

- b) Respecto al organizador o detallista, pierde su pretensión de cobro frente al consumidor.

Sobre la fuerza mayor se pronuncia el artículo 159.4. b) del TRLCU, estableciendo que se integran en tal concepto "aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida". Por tanto, la apreciación de la fuerza mayor invocada por el consumidor, dependerá de la concurrencia de los siguientes requisitos: que se trate de un acontecimiento extraordinario, ajeno a la voluntad del consumidor e imprevisible en el momento de contratar. Además, la prueba de la concurrencia de dichos factores ha de ser acreditada por el consumidor (art. 217.2 LECiv).

Las causas más frecuentemente invocadas por los viajeros como supuestos de fuerza mayor son las siguientes: la enfermedad grave del propio consumidor o de un familiar cercano y el fallecimiento de familiares directos.

4.5.1. *Acontecimientos considerados supuestos de fuerza mayor*

Enfermedad del consumidor:

Se enjuician supuestos en los que se invoca la enfermedad del propio consumidor para justificar el desistimiento del viaje, en las sentencias que a continuación se citan:

La **SAP Málaga (Sec. 6ª), 29 septiembre 2004 [JUR 2004\292298]**, en contra del criterio mantenido por la sentencia de instancia, estima que constituye una causa de fuerza mayor la agudización, días antes del comienzo del viaje contratado, de un cuadro depresivo reactivo que impedía a la consumidora realizarlo, requiriendo, por prescripción médica, reposo y medicación antidepresiva. Por tal motivo, el viaje se había cancelado cuatro días antes de la salida.

La **SAP Guadalajara (sec. 1ª), 23 diciembre 2004 [JUR 2004\92923]** confirma la resolución de instancia que condenaba a la agencia de viajes, junto con la mayorista organizadora, a restituir a la parte actora la suma abonada, declarando que el desistimiento por parte de los consumidores estuvo justificado por razones de fuerza mayor por enfermedad de la consumidora, que le impidió el desplazamiento.

Enfermedad o muerte de un familiar:

Se alega la enfermedad o muerte de un familiar como supuestos de fuerza mayor en los siguientes casos:

La **SAP Zaragoza (Sec. 5ª), 1 abril 2005 [AC 2005\665]**, revocando el pronunciamiento de instancia, considera que constituye una causa de fuerza mayor la grave enfermedad coronaria de una anciana de 90 años, madre del actor.

La **SAP Málaga (Sec. 6ª), 25 julio 2005 [JUR 2005\229140]** confirma el criterio del Juzgador de instancia que estima como un supuesto de fuerza mayor la enfermedad grave e imprevista (infarto cerebral) de un familiar próximo a los demandantes (madre y suegra, respectivamente) que requirió su hospitalización.

La **SAP Valencia (Sec. 9ª), 13 junio 2007 [JUR 2007\258924]** confirma la decisión del Juzgador de instancia que consideraba como causa de fuerza mayor justificativa del desistimiento del viaje, el agravamiento de la enfermedad (estado terminal) de un sobrino del actor de 2 años de edad.

Por último, la **SAP Navarra (Sec. 3ª), 29 junio 2008 [JUR 2008\185146]** entiende que constituye un supuesto de fuerza mayor justificativo de la cancelación efectuada, la enfermedad de la hermana de uno de los clientes que finalmente degeneró en su muerte²⁴.

4.5.2. *Acontecimientos no considerados supuestos de fuerza mayor*

En otros casos, invocadas por los consumidores las anteriores causas como supuestos de fuerza mayor que motivan el desistimiento, dichas alegaciones son desestimadas por los tribunales por no concurrir alguno de los presupuestos necesarios para su apreciación, concretamente, la imprevisibilidad de los acontecimientos, o por falta de prueba de los mismos.

Por falta de imprevisibilidad:

Así ocurre en el caso enjuiciado por la **SAP Cáceres (Sec. 2ª), 11 septiembre 2002 [JUR 2002\280727]** que confirma el pronunciamiento de instancia que condenaba a los consumidores-demandados a abonar la cantidad reclamada por la agencia de viajes, al estimar que no constituía un supuesto de fuerza mayor, por no darse la nota de imprevisibilidad, el ingreso hospitalario de un

²⁴ En otras ocasiones, los tribunales se muestran contrarios a apreciar la fuerza mayor con relación a acompañantes del viajero directamente afectado por ella. Así ocurre en el caso enjuiciado por la **SAP Vizcaya (Sec. 4ª), 15 abril 2005 [AC 2005\1506]** que confirma la resolución de instancia que acogía la pretensión de una de las demandantes, quien a la fecha del viaje había acreditado padecer una afección de garganta, y desestimó la pretensión de la otra demandante, hermana de la anterior, al estimar que "dicha causa no justificaba la cancelación de quien no había padecido la enfermedad" (F. Dº. 1º).

familiar por padecer crisis respiratorias graves. Afirma al respecto la Audiencia que “la prueba documental aportada por la parte recurrente, pone de manifiesto que se efectuaron diversos ingresos por crisis respiratoria grave, por lo que teniendo en cuenta la edad y situación clínica de Dña. C., en modo alguno podemos convenir que se trataba de un hecho imprevisible o inevitable” (F. Dº. 1º).

En el mismo sentido se pronuncia la **SAP Barcelona (Sec. 4ª), 28 febrero 2003 [AC 2003\959]**. En esta ocasión se alegaba por los actores la imposibilidad de realizar el viaje con destino a París para los primeros días del mes de enero, como consecuencia de una inflamación aguda del bazo que sufrió la mujer debido a la mononucleosis que se le había diagnosticado en el mes de noviembre anterior. Considera el Tribunal que faltaba en el caso litigioso la nota de la imprevisibilidad que se requiere para apreciar la fuerza mayor que justifique el desistimiento.

En último lugar, la **SAP Vizcaya (Sec. 4ª), 15 abril 2005 [AC 2005\1506]** confirma la resolución de instancia que acogía la pretensión de una de las demandantes, quien a la fecha del viaje había acreditado padecer una afección de garganta, y desestimó la pretensión de la otra demandante, hermana de la anterior, al estimar que “dicha causa no justificaba la cancelación de quien no había padecido la enfermedad” (F. Dº. 1º).

Por falta de prueba:

Según apuntábamos anteriormente, correspondiendo la prueba de la fuerza mayor a quien la alega, esto es, al consumidor, en ocasiones, aun alegándose causas que bien podrían considerarse integradas en el concepto de fuerza mayor, se descarta la existencia de la misma debido a la falta de prueba.

En este sentido, la **SAP Navarra (Sec. 3ª), 11 diciembre 2006 [AC 2007\358]** revoca el pronunciamiento de instancia que absolvía a los consumidores-demandados por considerar como un supuesto de fuerza mayor el desistimiento de los servicios contratados debido a la enfermedad de un familiar de aquéllos, motivo por el cual tuvieron que ir a Colombia. En contra de este criterio, entiende la Audiencia que es inexistente la fuerza mayor, pues “los actores en modo alguno han acreditado la pretendida enfermedad de la suegra/madre de los actores residente en Colombia, por cualquier medio. Es inexistente certificado médico al respecto, no consta ingreso hospitalario, ni siquiera los billetes de avión del viaje a Colombia” (F. Dº. 3º).

Por concurrir culpa exclusiva del consumidor:

Otras de las causas habitualmente alegadas y desestimadas como supuestos de fuerza mayor por obedecer a la culpa exclusiva del

consumidor son, por ejemplo: la caducidad o pérdida del DNI o pasaporte del viajero.

Los anteriores motivos se alegaban en los casos resueltos por las siguientes sentencias que: **SAP Navarra (Sec. 2ª), 29 julio 1999 [AC 1999\6527]** y **SAP Madrid (Sec. 14ª), 23 julio 2001 [JUR 2001\2839809]**.

Otros motivos:

Otros motivos no admitidos como acontecimientos de fuerza mayor son: enfermedad de un animal de compañía del viajero (**SAP Valencia (Sec. 11ª), 22 marzo 2004 [AC 2004\2305]**), asistencia a una boda (**SAP Barcelona (Sec. 14ª), 13 julio 2004 [AC 2004\1825]**) y causas psicológicas como “el temor a volar” (**SAP Granada (Sec. 3ª), 27 septiembre 2004 [JUR 2004\286680]** y **SAP Barcelona (Sec. 1ª), 2 noviembre 2004 [JUR 2005\16761]**).

5. Incidencia de las disposiciones relativas al derecho de desistimiento contenidas en la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores respecto al desistimiento en el contrato de viaje combinado

El artículo 3.3.g) de la reciente Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores, excluye de su ámbito de aplicación a los contratos incluidos en el ámbito de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (Cdo. 32). Se estima que en dicho espacio la legislación de la Unión en vigor incluye numerosas normas de protección a los consumidores.

En las líneas que siguen se expondrá cuál sería la incidencia que en el ámbito de los contratos de viajes combinados tendría el reciente régimen diseñado para el derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento por la norma comunitaria (arts. 9 a 16 Directiva). Ello, siempre que en el procedimiento de transposición de la citada Directiva a nuestro derecho interno, el legislador optase por erigir en régimen general de ejercicio del desistimiento al instaurado en la Directiva. Tal decisión, por otro lado deseable, conllevaría importantes repercusiones en la facultad de resolución de los viajes combinados, en la medida que, respetando las particularidades que al efecto establece el artículo 160 del TRLCU, dicho régimen se aplicaría supletoriamente en lo no previsto por el anterior artículo.

Respecto a los **plazos** para desistir establecidos en la Directiva: a) En caso de cumplimiento de las obligaciones de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo será de 14 días naturales, contados desde la celebración del contrato (art. 9 Directiva) y, b) En caso de incumplimiento de dichos deberes, el cómputo del plazo de 14 días se iniciará desde el momento en que se hayan cumplido dichos deberes, con un plazo de prescripción de ejercicio del desistimiento de 12 meses (art. 10 Directiva). Tales plazos serían irrelevantes para dejar sin efecto el contrato de viaje combinado, en la medida

que el artículo 160 del TRLCU no contempla plazo alguno; *en todo momento*, establece el precepto, pese a que el tiempo en que se realice es relevante a efectos del cómputo de la correspondiente indemnización.

En cuanto a la **forma de ejercicio** del desistimiento (art.11), el consumidor debería comunicar al empresario su deseo de desistir del contrato de cualquiera de las siguientes formas:

- a) Utilizando el formulario normalizado de desistimiento que contempla la Directiva.
- b) Mediante cualquier otro tipo de declaración inequívoca (fax, burofax, etc.).

Ambas posibilidades (formulario de desistimiento o declaración inequívoca) podrían ser cumplimentadas y enviadas electrónicamente a través del sitio web del comerciante. En este caso, el comerciante debería comunicar sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento.

La carga de la prueba del ejercicio del desistimiento recaería en el consumidor.

Respecto a las **obligaciones de las partes** en caso de desistimiento (art. 13):

- a) El empresario debería *reembolsar al consumidor todo pago recibido* de éste, utilizando el mismo medio de pago utilizado para la transacción inicial, a no ser que el consumidor hubiese dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando no incurriese en ningún gasto como consecuencia del reembolso. El reembolso debería llevarse a cabo *sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días desde la fecha en que haya sido informado del desistimiento* por parte del consumidor (art. 13 Directiva).
- b) El consumidor debería proceder al *pago de la indemnización que corresponda* al empresario [gastos de gestión, de anulación y penalización (art. 160 TRLCU)], salvo que el desistimiento tuviese lugar por causa de fuerza mayor. Ello, siempre que el empresario le hubiese informado adecuadamente sobre su derecho a desistir del contrato, sobre los gastos de cancelación repercutibles, así como las penalizaciones y plazos que recoge el artículo 160. El consumidor debería proceder al pago de la indemnización que corresponda, *sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días a partir de la fecha en que comunique su desistimiento al empresario* (art. 14 Directiva).